Allegatio 17. 2-A 6.

alegatio folio ~~109~~ 115

super nullitate ...



POR DON PEDRO LOPEZ VIZcayno, vezino desta Ciudad.

EN EL PLEYTO

Con don Geronimo Arias Fusteros, y los menores, hijos de doña Geronima de Palacios. Sobre los bienes y herencia de doña Florencia Fusteros y Palacios, primera muger del dicho don Pedro.

En Granada, en la imprenta de la Real Chancilleria, Por Francisco Heylan. Año 1628.



Vponese en el hecho. Lo primero, que doña Florencia Fusteros y Palacios, primera muger de don Pedro Vizcayno, hizo vn testamento en dos de Agosto de 606. en que declara como el dicho don Pedro traxo mil ducados de capital al matrimonio, quando casò con ella, y lo dexa por vsufrutuario de todos sus bienes por los dias de su vida, y despues funda dos Capellanias, dos años despues, que fue en seys de Iulio de 608. hizo otro testamento, en que asimismo dexa por vsufrutuario a su marido, y por sus herederos à los hijos del Doctor Fusteros, y a los hijos de doña Geronima Palacios, para q̃ los partan ygualmente despues de los dias del dicho don Pedro, y reuoca otros qualquier testamentos que tuuiere hechos. Y dos meses despues, que fue a siete de Setiẽbre hizo otro testamento, y dexa por vsufructuario al dicho don Pedro, y despues de los dias del dicho don Pedro instituye vna Capellania, y declara como don Pedro traxo al matrimonio mil ducados de capital, y reuoca los testamentos otorgados hasta aquel dia.

Lo segundo que supongo es, que en 18. de Agosto don Geronimo Fusteros, y los menores de doña Geronima de Palacios 14. años despues de muerta la dicha doña Florencia, pusieron demanda a don Pedro, diziendo, que el testamento de siete de Setiembre lo auia hecho la dicha doña Florencia, persuadida, y forçada del dicho don Pedro su marido, por amenazas, y malos tratamiẽtos que le hizo, hasta que otorgò el dicho testamento, y reuocò el de seys de Iulio, en que los auia dexado a ellos por herederos. Y sin embargo de las excepcio-

nes

es siniestro porque la demanda
expresa q este fue el Reuocado
no otro hecho en fabor de los
… y este de 6 de Julio no …
… tener el mismo
… que en el Reuocante

ñes de don Pedro de como lo auia otorgado de ſu libre y expontanea voluntad, ſin fuerça, ni premio, ſalio ſentencia del inferior, declarando por nulo el teſtamento de ſiete de Setiembre, y por valido el de ſeys de Iulio, apelado, y concluſo, ſe confirmò por ſentencia de viſta la del inferior, y en eſta ſegunda inſtancia auiendo litigado el dicho don Geronimo Fuſteros, y los hijos de la dicha D. Geronima de Palacios juntos los dichos hijos de la dicha doña Geronima han intentado nueuo derecho, diziendo, que la dicha doña Florencia otorgò otro teſtamento fuera de los que eſtan referidos en el primer preſupueſto, que fue en 19. de Agoſto de 608. y en el los dexò a ellos ſolos por herederos, y no le dexò vſufructo ninguno al dicho don Pedro, y piden que don Pedro exiua eſte teſtamento, porque lo tiene ocultado, y no exibiendolo los declaren por herederos abinteſtato. Don Pedro tiene ſatisfecho a todo, y pretende que ſe ha de reuocar la ſentencia de viſta, declarando por valido eſte teſtamento de ſiete de Setiembre, y que como quiera q̃ ſea es vſufrutuario por todos los teſtamentos, y q̃ no ay teſtamento de 19. de Agoſto, ni tal hizo la dicha doña Florencia ſu muger. Con lo qual eſtà el pleyto viſto para determinarſe en reuiſta; y porque la juſticia de don Pedro Vizcayno es clara, y juſtificada ſu pretenſion, para mejor inteligencia diuidire eſte papel en dos articulos.

En el primero fundare como don Pedro tiene fundada ſu intencion por los teſtamentos, eſcrituras, prouanças, y conjeturas euidentes.

En el ſegundo ſatisfare a los fundamẽtos de que las partes contrarias ſe pretenden aprouechar, y como no tienen prouanças a quien ſe les deua dar credito, y quando algunas ſean ſon

esto tanbien es siniestro porque en la instancia de vista y Reuista ... don Jeronimo fustero porque aunque en lo de manda litigaron juntos viendo que el testamto de 19 de agosto que era el otorgado en fabor de los deudos y Reuocado por la fuerça ... don Jeronimo ... no litigaron ... por razon de ... prueba con euidencia el yntento de los menores

Deui que este yntento de lo de 19 de agosto es nueuo derecho e innouacion porque en la petiçion de agrauios de la ... del inferior se pide ... en la forma que en la justicia ... en el Rollo a fojas 109 ... que ... Reuocar con la fuerça el testamto otorgado en fabor de los deudos ... que fue este de 19 de agosto que ... el de 6 de Julio el Reuocado y asi se fue prosiguiendo ... que el otorgado en fabor de los deudos Reuocado por la fuerça fue el de 19 de agosto en la sentencia de vista y Reuista = ... nueuo derecho

en el Rollo fol. 90

son menores, y no pueden preualecer contra las del dicho don Pedro, para quitarle el vsufruto que en todos los testamentos le dexò su muger.

ARTICVLO PRIMERO.

TRes testamentos ay presentados de doña Florencia, y el vltimo de siete de Setiembre es debaxo de cuya disposicion murio, y con el quedarõ reuocados los demas que tenia hechos, ex §. posteriori cum concordantibus, inst. quibus modis testam. infirmentur, §. posteriore, eodem tit. quia paganus non potest pluribus testamẽtis equiualentibus decedere, l. posthumus, §. paganus, ff. de iniusto irritove, Alexand. cons. 150. volum. 7. Bart. in l. 1. nu. 20. ff. de iure codicill. idem in l. quærebatur, ff. de testamento militis, & in l. si iure, ff. de legat. 3. & vtrouique DD.

En este vltimo testamento tiene don Pedro fundado su derecho, para gozar del vsufruto de los bienes por los dias de su vida, por ser esta voluntad de su muger, y necessariamente se ha de guardar, l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. cum concordantibus adductis à Molina, de primogen, lib. 1. cap. 4. nume. 9. quod firmius remanet.

Lo primero, porque en todos los testamentos que ha hecho ha dispuesto lo mismo, y la voluntad geminada es mas efectiua, y se reputa por inuariable, quia actus geminatus potentior est, & maioris virtutis, vt in l. Balista ad Trebellian. l. 1. §. ego puto, ff. de ædili. ædicto, l. cum scimus, C. de agricol. & censi. lib. 11. l. si mulier, la segunda, C. ad Veleian. & contra geminatam dispositionem non potest opponi defectus voluntatis, vt tradit Felinus, in cap. 1. in

princip▪

princip. de offi c. de legat. Decius, conf. 504. numer. 9. & quod actus geminatus argunt voluntatem eorum, quæ gesta fuerunt, tradit Bart. in d. l. cum scimus, Alexand. in l. serui electie, §. labeo, num. 5. ff. de legat. 1. Bald. in d. l. si mulier, Paris. conf. 15. à num. 61. volu. 2. Roland. conf. 71. num. 49. volum. 2.

Lo segundo, porque como consta de las prouanças que tiene hechas en ambas instancias siempre la dicha su muger, antes y despues de los dichos testamentos, publicamente dezia que le auia de dexar a su marido sus bienes, para que los gozasse mientras viuiesse, de que se colige euidente conjectura, como su verdadera voluntad fue la contenida en los dichos testamentos, y que su marido gozasse de los bienes: voluntas enim colligitur ex antecedenti, & subsequenti testatoris confessione, Bart. in l. 2. num. 4. ff. de vulgari, vbi inquit, quod voluntas testantis comprehenditur ex his, quæ ipse testator dixit ante, vel post testamentum secũtur Alexand. num. 32. Ias. num. 36. Ripa, n. 50. Corneo, conf. 239. nu. 6. lib. 2. Alexand. conf. 100. num. 10. lib. 4. Paris. conf. 75. numer. 76. volum. 2. & tunc duo testes tantum sufficiunt ex præcitatis DD.

La terca, porque se coadjuua este intento, porque con esto quiso la dicha doña Florencia que quedasse satisfecho el dicho su marido de mil y treynta ducados de capital que traxo al matrimonio, con que se auian desempeñado sus bienes, y que esto sea verdad consta por la prouança de don Pedro, y por la confessiõ que ella haze en los testamentos, y por la escritura de donacion de mil y treynta y dos ducados que a don Pedro le hizo el Bachiller Andres Cano Vizcayno su tio, para efeto de casarse cõ la dicha doña Florencia, y algunos de los bie-

nes desta donacion se vendieron, y del dinero que procedio dellos le prestò don Pedro a su suegra, madre de doña Florencia siete mil y tantos reales, de que tambien ay escritura, y aunque se redarguyeron de falsas, las tiene don Pedro compradas en forma, sin embargo que las partes contrarias se apartaron de la redargucion, mariti enim capitale soluẽdum est ei, aunque estè gastado, quedando la dote sin diminucion, Palac. Rubios, de donat. in rubric. §.66.n.3. Rodrigo Suaa. in l.5. tit. de las arras, Ayora, de parti. 1. part. cap. 7. num. 39. y como el capital de don Pedro se gastò en desempeñar la dote, y estaua embeuido en ella, quiso su muger gratificarlo.

Capitale mariti deducitur dum remanent dos absq diminutione

La quarta y vltima, porque don Pedro siendo como es hombre principal, cauallero y hijodalgo, no le quedaron, ni tiene otros bienes mas que el dicho vsufruto, con que asimismo le quiso satisfazer la quarta que conforme a derecho le pertenecia, y para que tuuiesse alguna ayuda, y poderse sustentar conforme a la calidad de su persona, iuxt. text. in authentica prętereа, C. vnde vir, & vxor, l.7. tit. 73. p.6. vbi Gregor. Lopez, affirmat quarta etiam deveri marito inopi Tello Fern. in l.9. Tauri, numer, 32. Curtio iun. cum Bald. in d. authentic. à num. 19.

ARTICVLO SEGVNDO.

Contra la voluntad de doña Florencia, y derecho de don Pedro, no pueden preualecer los fundamentos de que se valen sus contrarios.

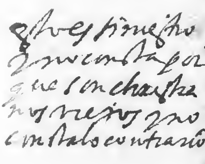
Non primum, contra el testamento de siete de Setiemre, y de seys de Iulio de 608. videlicet, que don Pedro hizo fuerça a la dicha su

muger,

muger, para que los otorgasse; y que ella los hizo contra su voluntad, compulsa y apremiada, porque contra el testamento de seys de Iulio no ay aueriguada ninguna fuerça, antes està prouado por don Pedro que el dicho testamento se hizo en presencia del Doctor Fusteros padre de don Geronimo, y que lo hizo a su ruego, e instãcia; y Maria Ximenez testigo de lae partes contrarias en la prouança que se hizo en Guadix lo dize assi, & licet vnica probat contra producentem etiam si sit de credulitate, Mascard. de probat. concl. 1369. n. 18. Gabriel, tit. de testibus, conclus. 1. n. 13. Surd. decis. 284. à num. 18. Farinac. q. 62. à nu. 216. Iason, nu. 9. in rubrica, ff. de iure iurand. Rom. cons. 104. Perez de Lara, de Capellan. 2. part. cap. 4. à num. 63. Mario Muta, decis. 76. n. 10. Socino iun. cons. 69. volu. 1. tambien està prouado como al otorgamiento deste testamento se hallò presente el Doctor Fusteros padre de don Geronimo, y que el fue parte para que lo hiziera doña Florencia su sobrina, inter vẽtus enim propinquiorum excludit metum Angelo, cons. 215. in principio, vel ad minus grauat aduersarium honore probandi duriorem metum pręcesisse, vt cum Bald. Paul. Felin. Anton. Gomez, cons. 16. num. 24.

Y en quanto a la fuerça del testamento de siete de Setiembre no se ha de tener por prouãça bastante la que ay, porque los testigos, sunt Balde suspecti.

Lo primero, porque son naturales de los expelidos destos Reynos, y aunque don Pedro lo articulò por auerle quitado la pregunta no hizo prouança dello, y han de ser tenidos por tales, & vt tales sunt valde suspecti contra Christianos tanquam vaniti in fide dubij, ac proditores, & sic à testimonio repellendi tanquam



infa

infames, Bal. in cap. licet vniuersis, nume. 3. de testibus, Laudensis, in tractatu de crimine lęse Maiestatis, quæst. 43. Gigas, in eodem tractat. lib. 3. in rubric. de prodi. quæst. 8. nu. 4. Farin. de testib. quęst. 56. à nume. 207. vbi allegat in numeros; y aunque hazen qual y qual indicio, se limita no auiendo contra sus dichos prouãça contraria de Christianos viejos, ex Farinac. vbi proximè, à num. 231. y don Pedro la tiene de lo contrario de muchos Christianos viejos, mayores de toda excepcion, y por esta calidad sola se ha de preferir, licet duobus testibus, de metu regulariter magis credatur, quam mille de expontanea voluntate, ex Gutierr. consl. 16. num. 14.

Lo segundo, porque no prueuan vn requisiessencial, para que se diga el acto meticuloso, hoc est, que don Pedro era hombre acostumbrado a poner en execuciō sus amenazas, Bart. in l. 1. §. quæ onorãdæ, ff. quarũ rerũ actio non debetur, quē sequuntur Abb. & Alciat. à principio, in capit. cum contingat de iure iurand. Rodrig. Suar. allegat. 24. in fine, Salado, in additionibus, ad Bernard. regul. 532. limitat. 2. Anton. Gom. de contracti. 2. tom. cap. de resti. minor. nu. 27. Meneses, in l. interpositas, n. 16. C. de transaction. Couar. de exponsal. 2. part. cap. 3. §. 6. num. 4. Mascard. de probat. concl. 1055. nu. 7. donde aconseja que los Abogados tengan gran cuydado de articular esta qualidad, ex quibus constat non sufficere minas solas ad inducendum metum siminator non con sueuerit eas executioni mandare, y este requisito no està prouado, antes lo contrario de afable, y regalador de su mvger.

Lo tercero, porque si fuera verdad que don Pedro le huuiera hecho fuerça. Quien se podra persuadir q̃ lo auia de hazer en presencia

de

de tantos testigos, y assi es fuerça confessar q han dicho con passion, y persuadidos, y por complacer a las partes contrarias, metus enim reputatur inter casus dificilis probationis, ex Parisio, cons. 53. num. 61. & cons. 60. num. 21. volumin. 3. Menoch. de arbitrarijs, casu 116. num. 17. lib. 2. quia inferentes metum semper oculte inferunt, y por esto, ad prouandum metum admite el derecho, prouanças irregulares de domesticos criados, parientes, presunciones, y conjecturas.

ad metum probandum

Lo quarto, porque bien considerados sus dichos estan discordes en el lugar de la fuerça, y en el genero della, y en la forma de las palabras, y malos tratamientos, y para que la prouança de la fuerça, y violencia que se haze para que vno haga vn contrato, sea concluyente, han de estar los testigos concordes en lugar fuerça, y para que se haze depuniendo de vista, ex text. in l. 1. ff. & C. ad lesem Iuliam, vbi cõmuniter DD. Anton. Gom. de delictis, cap. 4. Mascard. de probationibus, conclus. 1416. num. 16.

que los testigos ynstrumentales se oponen constantemente [illegible] de lo que dicen de golpes cardenales y malos tratamientos

Lo quinto, porque la dicha fuerça se excluye con la prouança que tiene hecha dõ Pedro, con testigos mayores de toda excepcion, y sin sospecha del mucho amor con que siempre se trataron el y su muger, y de quan agradecida estuuo ella siempre del mucho regalo que el le hazia, y por ser prouança esta de personas sin sospecha, y que se arrima mas a la verdad, ha de preualecer contra la prouança contraria, vt supra dictum est, y mas apariencia de verdad tiene que doña Florencia quisiesse dexar con remedio a su marido, y que pudiesse passar como hombre principal, y hijodalgo, y pagarle parte de lo que le deuia; & quando testibus de liuera voluntate ad sunt aliquæ præ-

ſumptiones, & coniecturæ præferuntur, ex Maſcard. de probationibus, concl. 1057. nu. 8. y la mayor conjectura es, que don Pedro no es intereſſado en la Capellania.

Lo ſexto, porque para con don Pedro es ſin fundamento la dicha fuerça, porque en el teſtamento de ſiete de Setiembre, que fue el vltimo, no le dio ſu muger mas del vſufruto, y eſte derecho ſe lo tenia dado en el teſtamẽto de ſeys de Iulio, y en el teſtamento de dos de Agoſto de 606. y lo que inouò por el vltimo teſtamento, fue fundar vna Capellania, en que de ninguna manera es intereſſado dõ Pedro, pues para lo que a el no le importaua, para que le auia de hazer fuerça, y ſi fundò la Capellania fue, quia dilexit animam ſuam magis quam cõſanguineos Bart. relatus à Maſcard. concluſ. 1358. numer. 81. y ſi pretenden los contrarios deshazer eſta Capellania, no han ſuſtanciado cõ el Capellan, que es el legitimo intereſſado.

Lo ſeptimo, y vltimo, porque tienen aprouado eſte teſtamento de ſiete de Setiembre, y entreſi ſe han concertado, vendiẽdoſe los vnos a los otros las partes que por el auian de auer, & teſtamentum nullum ſi approbetur etiam tacite ſuſtinetur, l. filio preterito 17. ff. de iniuſto rupto, vbi Bart. pro conſtanti tenet, quod approbatio teſtamenti nulli valet, Ant. Gom. lib. 1. variar. cap. 11. nume. 6. Craſus, & alij ab eo relati de ſucceſsio, §. teſtamentum, q. 48. à num. 7. ſiue approbatio fiat expreſſe, ſiue tacite, & ita deciſum reperitur in Rota, deciſ. 637. par. 1. in nouiſsi. folio 215. vbi tenuerunt domini, quod Fabricius non poſsit impugnare dictum tractatum, & illud nullum dicere, ex quo ille approbauit, &c.

Non etiam impedit, el ſegundo fundamẽto, y en el que mas eſtriuan los contrarios mo-

uido en

bido en la inſtancia de reuiſta por los hijos de doña Geronima de Palacios, variando la pretenſion que empeçaron, juntamente con don Geronimo Fuſteros, diziendo, que doña Florencia hizo otro teſtamento a 19. de Agoſto de 608. en que los dexò a ellos por herederos, y que eſta fue la verdadera voluntad con que murio, y a que ſe ha de eſtar, y en caſo que eſte teſtamento no parezca, han de ſer declarados por herederos abinteſtato.

Eſta pretenſion la fundan en vna reuocaciō que eſtà en la margen del teſtamento, de ſeys de Iulio, que dize aſsi.

En diez y nueue de Agoſto de 1608. años, doña Florencia Fuſteros y Palacios, en eſte teſtamento contenida, hizo, e otorgò otro teſtamento por ante mi el preſente eſcriuano oy dicho dia, eſte queda anulado, dado por ninguno, e de ningun valor, ni efeto, e por voto, e chancellado, para que no valga, ni haga fee en juyzio, ni fuera del, lo qual hizo preſente el dicho don Pedro Vizcayno ſu marido, y lo firmò de ſu nombre, de que doy fee, doña Florēcia Fuſteros y Palacios, ante mi, y doy fee dello, y que la conozco, que es la contenida: Baltaſar Iuarez, don Pedro Lopez vizcayno, doy fee dello, Baltaſar Iuarez eſcriuano.

Deſta reuocacion ſacan vn argumento, diziendo, el teſtamento de ſiete de Setiembre es nulo por la fuerça, y el de ſeys de Iulio por eſta reuocacion, y la prouança que tenemos hecha, de que ſe ſigue que ſomos herederos por el teſtamento de 19. de Agoſto, mencionado en la dicha reuocacion, y contenido en nueſtra prouança, y aſsi auemos de ſuceder, o alomenos abinteſtato, como pariētes mas cercanos de la dicha doña Florencia.

Valenſe de prouança para eſte intento, y

como

como se hizo el testamento de de 19. de Agosto, y que los dexò en el por herederos, tiene cinco testigos hecha en esta instancia de reuista, cuyos dichos es fuerça referirlos.

1. Testigo, Alonso de Rodenas sastre a san Iuan de los Reyes, dize en la quarta pregunta, que por orden de doña Geronima de Palacios hablò con Baltasar Iuarez escriuano vn dia, y que no le dixo nada, y que otro dia le encontrò en la plaça larga, y le dixo como doña Florencia auia hecho testamento, y auia dexado por herederos a los dichos hijos de doña Geronima, y que despues vido el el dicho testamẽto, y como estaua hecho en vno de los dias del mes de Agosto de 608. y como estauan puestos por herederos los susodichos, y como el dicho testamento tenia cinco testigos, y estaua firmado del dicho escriuano, y de la dicha doña Florencia, y en la vltima pregunta dize que dixo este dicho por temor de las censuras que se auian dicernido en san Miguel, y auian llegado a su noticia.

2. Testigo, Gregorio Mendez, viue de su hazienda, a san Iuan de los Reyes, dize en la quarta pregunta, que vn dia por el dicho mes de Agosto, como a la oracion, poco mas, o menos, passando por la calle de doña Florencia cõ otro hombre que yua con el, entrò en vna sala baxa donde estaua en vna camilla la dicha doña Florencia, y otros quatro hombres, y Baltasar Iuarez escriuano, y que vido como se leyò vn testamento abierto de doña Florencia, y q̃ en el dexaua por sus herederos a los dos hijos de doña Geronima de Palacios, que no sabe si lo pusieron a el por testigo, mas de que quãdo entrò con el otro que yua con el dixo el escriuano testigos tenemos ya hartos, y que dixo este dicho por temor de las censuras que se dicer

nieron,

nieron, y publicaron en san Miguel, y llegarõ a su noticia.

3. Pedro de Castro Selguero dize lo mismo, y que es de la Parrochia de señora santa Ana.

Andres Lopez dize lo mismo a la Parrochia de la Madalena.

Antonio de Leyua, oficial de la pluma dize lo mismo, excepto lo de las censuras.

Don Pedro excluye la dicha reuocacion, y prouança, ex sequentibus. Lo primero, porque si el testamento de siete de Setiembre no es valido, lo ha de ser el de seys de Iulio, y si este està reuocado, queda el de dos de Agosto de 606. en que assimismo es vsufrutuario, quia posterius testamentum imperfectum nullum, vel ruptum prius testamentum perfectum rũpere nequit, l. hoc iure, vbi Bart. communiter receptus, ff. de legat. 3. Georgio Nata, in authentica hoc inter liberos, nu. 10. C. de testam. Alexand. consl. 159. nu. 8. vol. 7. Ruin. consl. 6. n. 2. vol. 2. ex quibus constat, que don Pedro no puede perder el vsufruto, porque quãdo el testamento de siete de Setiembre, y el de seys de Iulio no sean validos, queda el de dos de Agosto de 606. contra el qual no ha dicho los contrarios cosa alguna, y por el es tambien don Pedro vsufrutuario.

Testamentum nullũ nõ potest rumpere primum perfectum

Lo segundo, porque la dicha reuocacion es verual, y sin testigos, y no puede obrar reuocacion del testamento de seys de Iulio, porque en la disputa, vtrum reuocatione testamenti coram septem testibus facta absque institutione hæredis, vel vocatione venientium abintestato prius testamentum iure perfectum remaneat reuocatum, vt in nostra reuocatione plures sequendo Bart. in l. si iure, n. 3. ff. de lega. 3. defendunt reuocationem teneri si in ea testator expresserit, quia mabult. intestatus decedere,

dere, porque en este caso es visto querer que le sucedan sus herederos abintestato, per l. conficiuntur, ff. de iure codicillo, y ellos pueden admitir la herencia, alias reuocatio sola non tenet, esta dotrina de Bartulo la siguen Otoma. in §. penult. instit. quibus modis, tract. infir. per text. in d. §. p. ibi, ex eo solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, & l. sancimus, C. de testam. Couarrub. in rubrica de testamen. 2. p. num. fin. vers. Hic ergo, Menchaca, de succes. resolut. §. 1. n. 13. Alex. cons. 159. nu. 8. vol. 7. Ruin. cons. 6. nu. 1. volu. 2. Socin. iun. cons. 42. n. 1. vol. 3. Iulio Claro, lib. 3. sententia, §. testamentum, q. 91. vers. Sed quero, Aton. Gom. in l. 3. Tauri, n. 102. segun lo qual, aunque la dicha reuocacion se huuiera hecho por palabras afirmatiuas, y ante siete testigos, no quedaua por ella reuocado el testamento por no tener heredero, ni llamar para la sucession los herederos abintestato, quorum aditione confirmatur testamenti reuocatio, Alexand. cons. 104. à n. 2. vol. 2. Corn. cons. 39. col. 2. volu. 2. Dec. cons. 582. à n. 1. Rubio, cons. 41. n. 1. igitur, no teniendo testigos, ni palabras dispositiuas, sed tãtum relatiuas, vt infra dicam, no se deue hazer caso della, tãquam verbalis, & simplex.

Lo tercero, porque bien considerado no es reuocacion, sino relacion de otro testamento, en que se reuocaua el de seys de Iulio, y el instrumento referido es necessario que parezca, y mientras no parece, ni el, ni el referente hazen fee, ni prueua, ni se pueden executar, authentica si quis in aliquo documento, C. de ædendo, l. 3. & fin. C. de senten. quę sine certa quam, l. ai Prætor, §. si iudex, ff. de re iudic. vbi Iason, num. 19. Decius, cons. 503. vers. quarto, volu. 4. Bant. in tract. de nullita. tit. de defectu

el instrumento referente no haze fee ni prueba sino parece el referido

processus,

processus, num. 105. La reuocacion solo dize, que doña Florencia hizo este dia otro testamẽto, este queda anulado, dado por ninguno, y de ningũ valor, ni efeto, & ex his verbis clare cõstat, que la reuocacion no la haze, sino que està en el testamento que refiere, y como no parece, porque no lo huuo, dum non apparet testamentum non etiam apparet reuocatio prędicta.

Lo quarto, porque en hecho de verdad no huuo tal testamento, y fue error del escriuano poner 19. de Agosto, y esto se colige con euidencia, porque ante el mismo escriuano se hizo el testamento de seys de Iulio, y el de siete de Setiembre, y si fuera verdad que en 19. de Agosto intermedio a los dos huuiera hecho otro testamento, lo tuuiera en su registro, como tiene los dichos dos testamentos, & quando in protocolo notarij nullum testamentum, reperitur est præsumptio non facti testamenti, Bart. in l. 15. potest, nu. 25. ff. de adquirenda hæredit. y fue equiuocacion del escriuano poner 19. de Agosto, porque sin duda aquel margen se puso quando se hizo el testamẽto de siete de Setiembre, y se comprueua con que en la demanda dixeron que este testamento era meticuloso, y que se auia de dar por nulo, y por valido el de seys de Iulio, en que don Pedro tambien era vsufrutuario, contentandose con los bienes despues de su muerte, si fuera cierto q̃ auia otro en 19. de Agosto, en que ellos eran herederos desde luego, porque a don Pedro no se le dexaua vsufruto, mejor lo dixeran, y no huuieran variado en el discurso del pleyto, ita & eodem modo, como recien muerta doña Florencia, que la memoria, y el hecho estauan mas frescos, no trataron deste testamento de de 19. de Agosto hasta agora, que hã passado

ſado veynte años, ſin duda es fabrica nueuamẽte traçada, y porque no ſe deſcubra, no han querido manifeſtar los teſtigos ſobre que eſtà reſeruado, vt infra dicam.

Lo quinto impide mucho menos, y no es de conſideracion la dicha prouança de los cinco teſtigos de la inſtancia de reuiſta, con que pretenden los contrarios auer prouado no ſolo el teſtamento, ſed ſuſtantiam ipſius teſtamenti, quia ad probandum teſtamentum, & ſuſtantiam eius ſeptem teſtes neceſſarij ſunt, l. in teſtamento, l. ſi vnus, l. hac conſultiſsima, l. fin. C. de teſtam. §. fin. inſtitut. de teſtam. ibi DD. Couarrub. in cap. cum eſſes, de teſtam. Iulio Clar. lib. 3. ſententiar. §. teſtamentum, q. 66. Capra, concluſ. 104. nu. 6. Nata, conſ. 423. n. 1. vol. 2. Roland. conſ. 33. nu. 53. Tiberio Deciano, reſponſo 21. num. 46. volu. 2. Boerio, deciſ. 228. à princip. Gili. Benedict. in cap. Raynucius, verbo, teſtamentum primo, nume. 9. Craſo, de ſuc ceſsio. §. teſtamentum, q. 54. per totam, Matiẽço, in l. 1. tit. 4. gloſſ. 7. nu. 4. vbi dicit communem, y no auiendo mas de cinco, no queda prouado el dicho teſtamẽto de de 19. de Agoſto.

Deſtos teſtigos, el primero es Alonſo de Rodenas ſaſtre, dize de oydas al eſcriuano, y que deſpues vido el teſtamento, y como los hijos de doña Geronima eſtauan pueſtos por herederos, y que tenia cinco teſtigos, y eſtaua firmado de doña Florencia, eſte es teſtigo de oydas al eſcriuano, como doña Florencia auia hecho teſtamento, y el teſtigo de oydas, non probat teſtamentum, quia neceſſe eſt, vt videant, & audiant teſtatorem, l. ſi non ſpeciali, C. de teſtament. Abb. in cap. ex literis, à nu. 5. de conſuetud. Corneo, conſ. 166. in princip. vol. 3. en lo demas que dize auer viſto el teſtamento, no puede ſer, pues q̃ en los regiſtros del eſcriuano

Testis de auditu

no ay

no ay tal testamento, y de las demas especialidades que refiere se colige demasiada curiosidad, y en cosas que no tocauan a su oficio, y no bastò dezir q̃ estaua firmado de doña Florencia, nisi concurrat comparatio literarum, vt cũ Bart. Ias. & alijs resoluit Aymon Crauet. de antiquit. tempor. 1. part. sect. quæritur, nu. 71. folio mihi 48. y no ay en el pleyto comprouacion de la dicha firma.

Los otros testigos bien se colige ser falsos por sus mismos dichos, pues cada vno dize, q̃ quando entró hallò quatro, o cinco hombres dentro, pregunto yo aora? qual fue el postrero, pues cõ qualquiera que entrara si auia quatro hazian numero bastante de testigos para el dicho testamento, quod in verisimile est, & testis de falso suspectus, Iacobino de sancto Georg. in l. ob carmen, §. fin. à num. 1. ff. de test. Crauet. de antiqui. 1. p. sect. 4. ginita, num. 40. fol. 56. dizen todos, excepto vno que dixerõ sus dichos por temor de las censuras q̃ se auiã publicado en san Miguel, y està prouado por don Pedro, con los sacristanes que ha auido en la dicha Iglesia, y con dos hombres que ordinariamente piden limosna en ella, que no se hã leydo tales censuras, con que quedan conuencidos de falsos, y el testigo falso en vno, reputatur falsus in totum ratione iuramenti, quod est indiuiduum, Bald. in l. fin. numer. 18. C. de ædicto Diui Adria. Tollend. & in numeri quos refert Farinacio, de testibus, quęst. 67. à n. 112. Quando se hizo publicacion desta prouança, don Pedro pidio que se manifestassen estos testigos, para que fuessen repreguntados, porque se teme ser supuestos, y quando no lo sea para tacharlos, y la parte contraria lo contradixo, y se reseruò para difinitiua determinar sobre ello si esta diligencia no se haze viene a estar

E don

el regstro nietro gregorio mendez dice que hallo ~~quatro~~ tres o quatro hombres dentro otro con el presbitero al cero dice que auia 4 testigos

andres lopez que auia unos hombres

antonio dellez ba que auia quatro = todo puede ser como fue cierto [illegible] dicen con [illegible] militud

el sacristan confiesa que no recibio las censuras ni las leyo [illegible] su obligacion hacerlo [illegible] dias meses dice que no las leyo por ser intimo amigo de don pedro = basta auer tenido noticia dellas de mes que se leyeron y publicaron y los otros testigos bien pudieron no oyrlas = esta diligencia no le obsta a don pedro porque esta respondido en esta parte



don Pedro indefenso en esta parte.

Señor la fee que a estos testigos se le ha de dar, tu magis scire potest iuxta text. in l. 3. ff. de testibus, considerando que la parte no los quiere manifestar, que ha veynte años que passò el hecho, y alcauo de tanto tiempo dizen con tal curiosidad, que deponen con inuerisimilitud de que auia quatro dentro, que dizen con falsedad, pues no se leyeron censuras, que no son bastantes en numero para prouar vn testamento, y su sustancia, que no deponen del dia en que se hizo el testamento que deponen, per eundem præmeditatum sermonem contra resoluta à Farinac. quæst. 95. num. 24. que las partes hã variado el hecho, y discurso del pleyto con que començaron, que tienen pedido se de por valido el testamento de seys de Iulio, señal euidente que si huuiera otro despues no lo pidieran, ex quibus omnibus: speramus que se ha de dar por valido el testamento de siete de Setiembre, reuocando las sentencias contrarias. Salua in omnibus V.D.C.